

論
説

救助者事例に関する一考察

—— OLG Stuttgart 二〇〇八年二月二〇日決定を素材として——

山 本 高 子

- 一. はじめに
- 二. OLG Stuttgart 二〇〇八年二月二〇日決定
- 三. これまでの判例
- 四. 学説
- 五. おわりに
- 一. はじめに

近年、客観的帰属論の支持の拡大に伴い、客観的帰属という観点から、様々な問題領域を一樣な基準で解決しようとする試みが散見される。「救助者事例 (Rettterfall)」もそのひとつである。行為者が、故意や過失により結果の発生に至る危険を惹起したが、その結果の発生を阻止するために介入した救助者に対し、死亡や傷害といっ

た侵害結果が発生した場合、如何に解するべきか。これまでも様々な見解が示され、議論されてきた。

本稿においては、OLG Stuttgartは二〇〇八年に示された決定を素材として、救助者事例について考察することを試みる。本事案では、行為者の過失により発生した火災の消火活動に際して命を落とした消防隊員の死亡結果に対し、行為者の帰責を認めなかったものである。以下では、OLG Stuttgart決定を検討し、これまでの判例や学説を概観した上で、若干の考察を試みる。

二. OLG Stuttgart二〇〇八年二月二〇日決定

1. 事実の概要

被告人Aは、二〇〇一年四月一日より、当該建物二階に位置していたアトリエの賃借人であったが、そこでは、造形芸術家として働いていた。二〇〇五年一月一日一時ごろ、被告人Aは、そのアトリエにおいて、完全に冷えていると誤認していた灰をストーブから取り出し、紙袋に入れ、板張りの床の上にストーブと並んで置いてあったボール箱に収納した。その付近で、二〇〇五年一月十七日の夜、床板から発火し、焼失するに至る火災が発生した。それに引き続いて、火災はその部屋の下の一階に位置していた自転車工場に拡大し、最終的に建物全体を包み込み、その建物の大部分を焼失した。消防隊が駆けつけ、消火活動を開始した。この消火活動に際して、呼吸保護隊として投入された二名の消防士CとDは、二〇〇五年一月十七日三時一五分から三時二十五分までの間、燃えている建物に入り、二人は他の呼吸保護隊と、屋上階におけるさらなる行動について合意した後―木製の階段を最上階まで登っていった。三時三十分ごろ実施された調査の後、外観から見て大部分が消

火された建物へと送られた交代の隊員が二階まで階段を登ってきた。そこで、さらに屋上階へ向かっている呼吸保護隊の消火管を見つけたが、そのあとを追って屋上階へ移動することはできなかった。なぜなら、交代の隊員は、二階において、火災が驚くほど勢いを増しており、階段へ通じる―大部分が焼失している―廊下のドアのあたりにおいて、強力な熱が発生していることに気づいたのである。わずかに後にこのあたりで屋上階に通じる消火管が破裂し、あたり一面に消火の泡が散布されたため、交代の隊員の進路は阻まれた。ほとんど同時に―三時四七分か三時四八分ごろ―呼吸保護隊から緊急信号「メーデー」が発信された。その後、両消防士CとDは、一酸化炭素中毒のため死亡した。両者は、四時一六分ないしは四時三〇分ごろになつてはじめて屋上階から救出された。このような事実関係に基づいて、検察官は、被告人Aをドイツ刑法第三〇六条d第一項（失火）、第三〇六条第一項第一号（放火）、第三二二条（過失致死）、第五二条（行為の単一）に従って、二件の所為単一の事例における過失致死と所為単一にある失火により起訴した。

LGは、被告人Aに対して主要手続きを区裁判所―事実審裁判官―の場で開始し、被告人Aをただ、ドイツ刑法第三〇六条d第一項（失火）と第三〇六条第一項第一号（放火）を理由として有罪を認めるという条件つきで、公判の開始を許可した。事故に遭った消防士の死の帰責は、刑事部により、自発的な消防士の投入にあつた注意義務が認められないとして拒絶された。消防士の死を帰責することへと向けられたさらなる検察官の上訴は、認められなかった。

2. 判決理由

原審刑事部は、正当にも事故に遭った消防士の死の帰責を、被告人Aに対して認めなかった。

A. 被告人 A

ドイツ刑法第三〇六条 d 第一項、第三〇六条第一項第一号に従って、失火についての十分な嫌疑は存在する。なぜなら、冷えていると誤認された灰を可燃性の紙袋に入れ、ボール箱に収納したことは、火災の専門家の陳述によると、高度の蓋然性をもって火災の発生を惹起したとされたためである。

それに対して、二件の所為単一の事例における過失致死（ドイツ刑法第二二二条）についての十分な嫌疑は存在しない。

確かに、被告人 A の態度は、二人の消防士の死に対して因果的である。被告人 A は、その行為が消防士の死へと至るであろうことを認識するための能力も有していた。この場合に、所為の帰結が詳細全てに至るまで予見されていることは必要でなく、その重要性における本質的な部分において予見可能であれば十分である（BGHSt 37, 179, 180 = NJW 1991, 307 = NSZ 1991, 392 mwN）。その限りで、建物を炎で包むことは、通例、消防士の投入とそれに伴う投入された消防士の身体や生命に対する相当した危殆化を引き起こすものであることは、明らかである。

確かに、当該事例においては、火災の惹起と事故に遭った消防士の死との間の帰属連関は、認定されていない。当裁判所は、連邦最高裁判所（BGHSt 39, 322 = NJW 1994, 205 = NSZ 1994, 83）とともに、帰属連関の問題を評価するに際して、連邦最高裁判所の判例において展開された、いわゆる意識的な自己危殆化についての原則を受け継ぐものである。それによると、傷害罪や殺人罪の領域では、侵害結果が、意識的に自己答責的に意欲され、実現された自己危殆化の帰結であり、第三者の関与が、自己危殆化行為の単なる誘因や促進にすぎない場合、その侵害結果は帰属されない（BGHSt 32, 262 = NJW 1984, 1469 = NSZ 1984, 411）。しかしながら、関連する刑法規

範の保護目的を考慮すると、次のような場合に、この原則は限定される。その場合とは、行為者が、被害者の関与や承諾を得ることなく、被害者や被害者の近親者の法益に対する著しい危険を創設し、それと同時に、これに対して危険な救助行為に至るもつともな動機を創出することによって、行為者の犯罪行為に基因する、意識的な自己危殆化の当然の可能性を惹起した場合である（BGHSt 39,322,325 = NJW 1994,205 = NSZ 1994,83）。このような前提のもとでは、自己を危殆化する人物が、刑法規定の保護領域に包摂されることは、当然のことである。

このことは、救助行為が成功した場合には、結果の阻止がその行為者の利益に働くため、そのような行為者が失敗した場合においても同様に、これに対して責任を負わなければならないことを考慮することから生じるだけではない。むしろ、行為者には、所為の実行にあたって、これにより他者に対して行為へと至る義務を課すであろうことが認識可能である。このことはとりわけ、保障人的地位（ドイツ刑法第三二三条c）や職業的義務から生じる。この意味において義務づけられた救助メンバーがその行為の義務に従う限り、完全に自発的な行為の決意は——BGHSt 32,262 = NJW 1984,1469 = NSZ 1984,411 において判決を下された事例と比較可能であるが——、存在しない。それと同時に、所為の結果の帰属を中断する要素が欠如する。

しかしながら、以上のことから所為の結果の帰属を制限なく認めることができる結論は、導き出されえない。むしろ、救助の試みが、はじめから無意味であり、あるいは明らかに過度な無謀行為と結びつけられており、そしてそれゆえ、明らかに無思慮であると判断される場合に、帰属の限界は存在する（so BGHSt 39,322,326 = NJW 1994,205 = NSZ 1994,83 ; OLG Celle NJW 2001,2816）。これは、客観化された事前の考察において、危険の諸因子が重大であるため、救助メンバーの精神的に圧迫された状況を相当に考慮にいれたとしても、（さらなる）救助活動の実行が、救助者の身体や生命に対して完全に代替不可能な危険へと導くことが明らかである場合であ

る。

さらに、当該危険の考量は、事故に遭った救助者の手の中にあるだけではない。むしろ、消防士は、危険な救助行為を開始し、実行するという決意において、その同僚の義務に適合した専門家的な行為と決定を信頼しなければならぬ。それゆえ、投入の条件と呼吸保護隊の危険は、本質的に、呼吸保護（隊）の投入を監視する消防士の決定に依存する。呼吸保護隊を監視する消防士に対しては、諸事情の下で、呼吸保護隊に全く関知不可能なその時々全火災事象についての認識を考慮にいれ、投入や消火、退却についての生命に重大な決定を、実行することが重要である。このような分業による行動を欠いては、現代の火災保護技術を取扱うことは考えられない。しかし、これにより起こりうる個々の救助者に対するより高度な危険が、行為者に帰属される場合、他方で、客観的帰属の限定の問題に際して――すなわち、明らかに無思慮に行為したか否かという問題を評価するにあたり――分業による行動により条件づけられた過誤の危険も、行為者の利益になるのである。それゆえ、投入された消防士は、個別にはその高度な危険に全く承諾をしていなかったであろうが、明らかに、投入を監視する無思慮な消防士の決定に従わなければならない。それゆえに、危険にさらされた個々の消防構成員の認識や決定、行為ではなく、投入に関与した消防構成員の全行為に照準が合わせられるべきである。

これらの原則を適用した場合、消防士の投入は、当該捜査結果に従うと、――主要手続きの範囲においては、その限りで矛盾する認定は予期されていないが――事故に遭った消防士に対する明らかに無思慮な危険を甘受した中で、実施された。

すなわち、事故に遭った隊員に対する呼吸保護の監視が、呼吸保護の投入を規定する職務規程に反して、そのつどの時間を把握することなしに行われたことを、捜査は明らかにした。三〇〇ボールを充填して投入された呼

吸保護装置の使用の継続は、約三〇分間であった。相当した装置の投入に関して、消防職務規程七（下記の消防職務規程七）は、二〇〇四年八月に成立したものであるが、第七号二以下に次のように記述されている…

さらに、消防職務規程七第七号四は、以下のように規定している。

・あらゆる呼吸保護の投入に際しては、呼吸保護の監視を実施しなければならない。

・呼吸保護の監視により予期されるべき投入時間の三分の一ないしは三分の二を経過した後は、呼吸保護隊は、

タンクの圧力を考慮しなければならない。

・空気供給システムに接続した時刻、予期されるべき投入時刻の三分の一ないしは三分の二を経過した後の時刻、

投入目標の達成の時刻、退却の開始の時刻は、記録されなければならない。

・呼吸保護の監視に適した救助手段が利用できなければならない。

命を落とした隊員の呼吸保護の監視に割り当てられた消防士は、二〇〇五年二月二三日の証人尋問において、基本的に、投入に関して様々な理由から、時計を携行していなかったことを証言した。多忙であったために、証人の消防士は、事故に遭った隊員の出発に際して時計を入手する機会を有しなかった。時計がなかったことは、すでにかつての投入に際しても嘆かれるものであった。従って、証人は、場合によっては、すでに三時一五分ごろに開始された、事故に遭った隊員の投入を時間的に制御することができない状況にあった。その結果として、証人は、提出された呼吸保護の監視のリストに、投入の開始にあたって、事故に遭った隊員の名前と並んで、ただ、三〇〇バルというタンクの圧力と「建物の後ろ」という場所の表示を書き留め、さらに、詳細に判明していない時刻に、二〇〇バルのタンクの圧力を両者に際して質問した上で記録し、最終的に、同じく判明していない時刻に、消防士Cについて一二〇バルというタンクの圧力をメモしていた。これに引き続いて、ただ、

「メーデー」が記録されていた。三時四〇分ごろになつてはじめて、証人は、同僚からその個人の時計を与えられた。この時点で呼吸保護隊は、すでに「メーデー」を発信していた。

このような事情に際して、―被告人Aの有利な結果になるように―認定されるべき三時一五分ごろ投入を開始するに際して、計画された圧縮空氣の氣圧の使用時間は、すでに三時四五分ごろ使用し尽くされていたことが認められる。消防職務規定七によると、予期されるべき投入時間の三分の一に際して―それゆえ三時二五分ごろであるが―、タンクの圧力が質問され、その時刻は記録されなければならなかつたであらう。呼吸の空氣の消耗は、投入の条件に左右され、より重大な身体的な活動に関しては、圧縮空氣の氣圧は早く使用し尽くされるため、呼吸保護の投入を時間的に監視することは、―圧力を質問することと関連して―、呼吸保護の監視メンバーに対する、呼吸保護装置の予測される投入の継続を評価することという唯一の可能性を提供する。呼吸保護隊の隊員それ自身に、このことは委ねられるだけではない。なぜなら、投入においてあらゆる時間的な感覚が失われる危険が存在しているためである。それゆえ、タンクの圧力を質問することが規則通り行われることは、まさに、呼吸保護隊として投入された消防士たちにとって、生命に関わる保護の安全措置を提供するのである。かつての投入に際して時計が不足していたことがすでに嘆かれているにもかかわらず、なぜ、投入に先だつて呼吸保護の監視メンバーとして割り当てられた証人が、このような状況にあつて、投入に関して時計を携行しなかつたのかは、当裁判所は、後づけ可能ではない。自発的な消防隊を通じて、呼吸保護の監視メンバーに対して、少なくとも単なる腕時計を手に入れることが、おのずと浮かんでくる。

このような事情にあつては、存在している保護技術、すなわち投入された呼吸保護隊に対して、その高められた危険の負担が初めて可能になる保護技術は、効果なく取り扱われることになる。消防職務規程七によつて目的

とされた、規則通りのものであり、状況に応じたものである、投入された呼吸保護隊を外部から監視することによる防衛や管理は、時間的に不意になされた二度のタンクの圧力の質問に限定された。事故に遭った隊員は、実際、それ自身、そしてそれとともに広く保護を失った状態であった。その上、消防指揮官の陳述によると、投入の開始の時点で、なおも建物内に人がいるという懸念は存在していなかったことが考慮される場合、その程度は、明らかに無思慮な救助行為に到達していた。時計がなかったこと、状況や現在地の監視が十分でなかったこと、退却の要請を怠っていたこと、並びに、思いがけない発火についての警告を怠っていたことが、両消防士の死に対して因果的であったか否かという問題を重要とすることなしに、このような事情に際して、被告人Aによる義務に違反した火災の惹起についての帰属連関は中断される。

それゆえ、被告人Aの責任は、ただ、ドイツ刑法第三〇六条第一項第一号と関連した第三〇六条d第一項に従って失火の非難にとどまる。

3. プツペの評釈

プツペは、本決定の評釈において、次のように述べている。⁽¹⁾

複数の関与者の過失行為が、事故に対する原因である場合、第一惹起者は、責任から解放される、と学説においては提案されている。これに対して、判例は、被害者が、完全に答責的に危険を認識した上で行ったものであり、危険に対する内的・外的な強制にさらされていない場合には、自己危殆化が自由になされたものとして、被害者に答責性を配分する。救助に対するもつともな動機が存在した場合には、自己危殆化の答責性を認めていない。

このような前提に立ち、OLG Stuttgartの決定を検討すると、本決定は、事故に遭った消防士の自由で答責的な自己危殆化を所与のものとしており、その問題に取り組まずに、もつともな動機の基準を検討している。それも、事故に遭った消防士の動機に関連させるのではなく、必要な監視を怠ったという理由で、投入を無思慮としている。この考察は、もつともな動機の基準による救助者の保護の限定の意味を誤っている。それゆえ、当該事案は、無思慮な自己危殆化という観点からは説明することはできない。

それでは、他人の優越的な過失の協働 (Miverschulden) はどうだろうか。この他人の優越的な過失の協働という原理は、正当な結果帰属の原理ではない。そして、判例は、複数人の過失行為が介在した場合であっても、第一惹起者が、第二行為者の注意義務違反行為により免責されるという基準を、認めていない。被害者の自由で答責的な自己危殆化は、法秩序が、被害者にその保護を強制しないため、例外として認められるものである。しかし、この決定の事例はそれにあたらないとしている。

三. これまでの判例

救助者事例として問題となった判例は、BGHSt 39, 322ff.である。事実は以下の通りであった。ある住宅でパーティーが開かれ、三〇人ほどの人が参加していた。みなアルコール飲料を摂取していた。深夜一時三〇分ごろ、被告人が、その住宅の上階の一室にあった衣類に火をつけた。上階には、その時、パーティーの参加者一人とその住宅の所有者の一二歳になる息子がいた。火は瞬く間に燃え広がり、眠っていたパーティー参加者が一酸化炭素中毒で死亡した。一二歳の息子は無事だった。しかし、その住宅の所有者の二二歳の息子が、火災発生時には

住宅の外にいたが、何か物を取りに行くため、あるいは一二歳の弟を助けるために上階へ登り、一酸化炭素中毒で死亡した。二二歳になる息子の血中アルコール濃度は二・一七%だった。

このような事例において、B G Hは、救助行為の任意性により、故意の放火と後の死との間の原因連関は中断されないと判示し、被告人は、その態度から、救助者の死が発生することを予見可能であったとした。その上で、「行為者が、その犯罪行為により、被害者やその近親者の法益に対する著しい危険を創設し、それとともに、これに対して、危険な救助行為に至る相当な動機を引き起こすことにより、意識的な自己危殆化の当然の可能性を創出した場合、意識的な被害者の自己危殆化を理由として、行為者を刑罰から解放するという原則は、制限が必要である」とし、「そのような事例において、自己を危殆化する者は、刑法規定の保護領域に包摂されることは当然である」と判示した。救助が成功することにより、結果を阻止したことが行為者の利益になると同様に、救助に失敗した事例においても、行為者は結果に対して責任を負うと判断し、「はじめから無意味な、あるいは明らかに過度な無謀行為と結びつけられた救助の試みが問題となっている場合には異なるが、本事例が、そのような事例ではないのは明白である。救助行為は明らかに無思慮なものではない」と結論づけている。

B G Hは、救助者に発生した侵害に対して、危険を惹起した者の答責性は、事故に遭った者の救助行為が、分別のあるものである限り、肯定されるところとした。ただ、その救助の試みが、無思慮なもので、過度に危険なものであり、無分別なものであった場合にのみ、危険の惹起者に結果は帰属されないと判示したのである。

四・学説

1. 帰属を肯定する立場

このような救助者事例に対する学説の立場は、大別して、二つに区分されていた。法的な義務づけの有無により区別し、第一惹起者に対する帰属を肯定する立場と、法的な義務づけの有無により区別しつつも、両事例とも第一惹起者への帰属を否定する立場である。

有力に説かれている立場は、法益の担い手が、法益の存続について処分権を有すると解する自己答責性原理を基礎にしている。その法益を放棄した場合には、第三者は、放棄された法益を尊重するべきではないのである。それゆえ、法的に是認されない危険を創出したにもかかわらず、帰属は否定されると解することになる。⁽²⁾ その上で、救助義務を有していた救助者であるか、救助義務を有していない救助者であるかによって区別する。救助義務のない救助者の場合、被害者の介入は自己答責的であるが、自己の意思で危険に陥った者は、法秩序の保護に値し、法秩序の保護が必要とされるため、帰属は阻却されない。ここでは、思慮深い行為か、無思慮な行為かが問題である。⁽³⁾ 救助義務のある救助者については、第一惹起者に帰属される。その理由は、法的義務により介入しているため、自己答責的な介入とはいえないためである。⁽⁴⁾ このような立場を採る代表的な論者は、以下四人である。

まず、ルドルフィーの立場であるが、「その危殆化の程度を含めた上で対置される法益の衡量により、追求された救助目的が、自己危殆化よりも高く評価される場合、救助行為により自身を危険にさらす者は、刑法規範の

保護領域に包摂される」とする。⁽⁵⁾ この立場がドイツにおいて広く支持を得ているが、消防士や警察官など救助が義務づけられた者に対する帰属も肯定する。その理由は、許されない危険が結果において現実化していること、そのような危険が構成要件の射程に含まれないとする理由がないというものである。⁽⁶⁾

イエシエック・ヴァイゲンントは、行為者が、犯罪行為により引き起こした危険な救助行為による自己侵害は、つねに帰属されると主張する。法的に義務づけられているかは関係ない。⁽⁷⁾

P. フリッシュによると、このような救助行為は、取引に必然的な (Verkehrsnotwendig) ものと解され、救助者の危険は、行為者の危険領域へ属すると解される。⁽⁸⁾

マインドルは、行為者が、法的要請に基づいて救助を義務づけられている場合、あるいは、少なくとも救助行為の実行に関心がある場合、救助者はいわばB G B六八三条の「依頼なしの業務者」として行為している。救助者が命を落とした場合、行為者は、それに対して責任を負うことになる。⁽⁹⁾

2. 帰属を否定する立場

このような通説の立場に対してロクシンは、以下の四点から批判する。①合義務的な要請の範疇にある救助行為と、自己危殆化の観点の下で、発生した結果が第一行為者への帰属を否定することになる、義務をこえた自発的な無謀行為と区別できないこと、②その職業に就任することで、自由な意思決定から職業の危険を受け入れたのであり、その職業従事者はたいいていその危険を計算にいられていること、③第三〇六条cは、故意の放火に際し、救助者の死はただ軽率さを要件として結果的加重犯として取扱われるにすぎないのに対し、過失の場合になぜそのような結果を帰属することになるのか疑問であること、④これはもっぱら刑事政策的理由であるが、過失で火

災を惹起した者が、消防士の死についても答責的であると、そのことを考慮したら、消防隊を要請しなくなるのではないかということである。^⑩

ロクシンは、救助者の行動が、国家的な救助の要請（ドイツ刑法第三三〇条c）に基づくものか、その法秩序の要請をこえて、危険に陥る自己答責的な決定に基づくもので区別する。^⑪ 他者に由来する侵害を第一惹起者に帰属することは相当でない。なぜなら、救助者が、自身に侵害が発生したことにより、他人を刑罰に陥れることになると考ええることで、危険な介入を抑制することになりうる。また、第一惹起者に対し、救助者の侵害がさるなる刑罰へ自身を導くということになり、救助を要請することを阻止することになりうるためである。このような前提に立ち、ロクシンは、この救助者事例について、以下のように考えていた。^⑫ 義務のある救助者と義務のない救助者に区別し、前者についても、後者についても、帰属は否定される。救助を義務づけられている救助者については、自己の意思での自己危殆化に含まれない。なぜなら、その実行が法的義務により要求され、職務上、要請されているからである。それゆえ、自己の意思で行われたものではないものの、立法者は、被害者に行為義務を課しており、法律上規定された救助行為から発生した結果を帰属するのは矛盾であるとする。過失処罰は、法的行為を要求する立法者が、第三者の万一の誤った態度に対する答責性を帰属させることを許容しないため、否定される。同様に、救助を義務づけられていない救助者についても、救助者が自由意思で危険に陥った場合、帰属は否定されることになる。救助者の侵害結果は、過失致傷の保護目的に含まれない。自己の意思で自身を危殆化することは、人間をそのような自己危殆化から保護するという法の目的には包摂されないためである。また、危険な状況を創出したが、救助者に対して直接危険を創出したのではない。その危険性は、救助者が自由に答責的に危険状況に陥ったことによりはじめて発生したのである。^⑬

このような第一惹起者への結果の帰属を否定する立場を支持する論者として、ギュンターとシュトゥッケンベルクがいる。ギュンターは、法的に義務づけられた救助者について、法秩序は、行為者に対し、すでに法的根拠から生じた危険に責任を負うことを許容しないと述べる。法的な義務づけのない者に関しては、自己の意思での自己答責的な危険の引受けといえるか、危険の惹起者と救助者との間に、所為支配に関して比較可能な不均衡があるかが問題となる。¹⁴ また、シュトゥッケンベルクは、危険の受け入れ (Risknahme) の形式で理解し、国家により組織化された救助活動に際しては、救助活動が危険の処理を引き受けるやいなや、本来の犯罪的に創出された危険の中立化が認められることになる。これを危険の社会化と解している。¹⁵

3. ロクシンの改説

ロクシンは、OLG Stuttgart の決定を受けて、この種の事例について、これまでは明らかになかった二つの問題を指摘する。まず、重大な無思慮は、多くの分業により現れる救助者全員に妥当する一方で、両被害者は、ただこの無思慮の被害者であることである。第二に、救助者は、被害者としてだけでなく、機能しなかった人物との形態において、侵害者として表出することである。¹⁶ すなわち、事故に遭った救助者という側面と、事故をもたらした救助者という側面である。

ロクシンは、救助者事例における答責性を、法的な義務づけのある者については、国家（あるいは立法者）が負担するとしていた。¹⁷ しかし、最近の論稿において、新たな立場を展開している。ロクシンによると、救助者が、法的義務に基づいて行為したものである場合、救助者に生じた侵害は、第一惹起者に帰属される。救助行為を義務づけられている者は、確かに自由に行為しているが、答責的ではなく、法的な要求を充足する形で行為してい

るのである。そして、法的に要求された行為の範囲において救助を義務づけられた救助者に生じた侵害結果は、第一惹起者に、原則的に帰属されるとする。⁽¹⁸⁾このような結論に至った理由について、ロクシンは、これまで自身が挙げていた根拠を再構成する形で説明する。⁽¹⁹⁾国家というのは、主権者によって国家に委ねられた、国民の生命を正当化できる危険の範囲で保護するという義務に基づいて行動する。それゆえ、第一惹起者に帰属されるとすることは、一般予防的にも有効である。また、刑事政策的にも、行為の義務が、具体的な生命の危険へと至るのではないため、救助者が行った行為から第一惹起者に対する重大な処罰の危険が生じるわけではないとする。

ただ、これまでの判例で導かれた基準に対しては、刑法の機能から導かれる客観的帰属論の基本的な姿勢と矛盾すること、過失の負責を、法的に要求されていない行為から生じた救助者事例へと拡張することは、法的に嚴格には正当化されないこと、思慮深いものと無意味で明らかな無謀行為と結びつけられた救助行為との限界づけが明確でないこととの三点の批判がなされる。⁽²⁰⁾そこで、救助を義務づけられている救助者については、法的命令の範囲の行為であった場合、第一惹起者に帰属されるものと主張する。なぜなら、具体的な生命の危険、あるいは、重大な生命の危険を有する具体的な身体の危険を引き受けることは義務づけられていないためである。事故が、一般的な職業上の危険により生じ、具体的な事故の危険により生じたのではない場合、第一惹起者には帰属されない。救助者が、法秩序の基準により、行為に対する答責性がない場合、要求されていない救助行為についても、第一惹起者の答責性は認められなければならない。

また、事故をもたらした救助者という側面に関しては、過失致死の責めを負うのは、監督を依頼された人物であり、消火に関与する人物の誤った態度が、そのような投入を「要求されていない」と見なされていたと解すること、第一惹起者の帰属の否定には十分なのであると主張している。⁽²¹⁾

4. 帰属する基準

このような状況において、帰属を肯定する通説の立場から、どのような場合に帰属が否定されるのか、その基準について様々な立場が展開されている。

まず、第一惹起者が創出した危険を問題とする立場として、シュエネマンとケーラーが挙げられる。シュエネマンは、法的要請がない事例に関しては、救助者の私的な事柄であり、帰属を阻却することになる。法的な要請がある場合、救助者の侵害に関して、第一惹起者により創出され、操縦された危険源が原因か否かが問われることになる。⁽²²⁾ また、ケーラーは、救助の誘因となる事例を、誘因者の態度が救助者の侵害に関し、深刻な、すなわち客観的に明白な類型的な危険増加と判断されるかにより評価されるとする。⁽²³⁾

次に、自己答責性原理からアプローチする立場がある。ベッケンバーは、被害者の保護の必要性は、自己答責性原理から導かれるとし、この自己答責性原理とは、自由意思が前提にされているとする。自己答責性原理は、行為者と被害者の答責領域を区別するために用いられるものであるが、自由意思は規範的に決定され、具体的な規範に依存して解釈がされる。⁽²⁴⁾ 救助者が、規範命令に従い、意味ある救助行為を実施した場合、救助を義務づけられた救助者は、思慮深いものと解され、行為義務に従うことが自己答責性原理を導く基準になる。⁽²⁵⁾ また、救助を義務づけられていない救助者については、自由意思がないことは考えられないとされ、ただ、ドイツ刑法第三二三条cの存在から、救助義務のないことは事実上考えられないのかとの指摘がなされている。⁽²⁶⁾

プッペは、競合した過失という観点から考察する。第三者の事後的な、競合した過失により引き起こされた結果の帰属を阻却するためには、事後的に競合した過失が重大なことが必要であるとする。⁽²⁷⁾ この観点は、両惹起者に刑罰軽減的に作用する。⁽²⁸⁾

客観的帰属の問題全体から検討するのは、近年、救助者事例についての立場を明らかにしたシュトラッサーである。シュトラッサーによれば、救助者に生じた侵害結果は、危険を創出した者の行為による単なる因果的帰結を形成するのみならず、救助者に対して規範的に保障された利益の喪失でもあるとされ、危険の惹起者による義務に違反した態度が、救助者を危険と結びつけられた行為の要請へと導いたことになる。その限りで、危険の惹起者による法の無視、法的な保護の侵害と法益侵害との機能的関係が存在する。救助者が法的な行為の要求（命令）の範疇で活動している場合、この規範的な一致は、惹起者の管轄と帰属を基礎づける。⁽³⁰⁾ 帰属の前提となるのは、危険を惹起する行為の刑法上の重要性和危険領域への救助者の時間的場所的牽連性である。帰属は、危険の惹起者の注意義務違反と法的に義務づけられた救助者の保護の要請との間の規範的一致において根拠づけられる。行為を義務づけられた行為者は自由に行為している。救助者の限定された操縦能力は帰属モデルには影響しない。⁽³¹⁾ 侵害者と第三者の態度の帰属は、結果の帰属の要素としての危険連関の問題である。合法則的条件関係によつて行為と結果が結びつけられることが認められた場合、客観的帰属の問題となる。法的に是認されない危険の創出が認められ、この危険が、構成要件に適合した方法で結果において現実化したことが認められれば、結果は帰属される。救助者事例は、構成要件に該当する態度の問題ではないため、事象経過の支配可能性や信頼の原則も関係しない。また、規範の保護目的も帰属を明確化することに寄与しないのである。⁽³²⁾ 客観的注意義務違反の要素としての事象経過の本質的部分の客観的予見可能性と結果発生 of 客観的予見可能性が認められ、救助活動で救助者が被った侵害の帰属は、救助者の危険を引き起こす態度が刑法上重要である場合に限られる。すなわち、社会的相当性をこえるものであることが必要である。⁽³⁴⁾ 救助者が法的な行為義務の範囲内で活動している限り、発生しうる侵害は危険の惹起者に帰属されることになる。⁽³⁵⁾

5. 検討

これまで、学説においては、救助者事例を自己危殆化の一事例として捉え、救助者の自己答責性を問題として、第一惹起者の帰属を検討する立場が有力であった。それに対して、ロクシンは、救助を義務づけられている者と義務づけられていない者として区別し、救助を義務づけられていない者については、自由に答責的に介入した場合には結果を帰属せず、救助を義務づけられている者については、他者の答責領域と解して、帰属を否定していた。しかし、ロクシンは、法的な義務づけのある救助者に関しても、原則として帰属を肯定する立場に改説した。現在では、第一惹起者への帰属を肯定しつつ、いかなる場合に帰属が否定されるのかについて議論がなされているものと評価できる。

わたくしも、基本的には、法的義務づけの有無にかかわらず、第一惹起者に結果を帰属するべきであると考え。法的な義務づけのある救助者に対して、法秩序の観点から結果の帰属を否定する立場は妥当でない。この立場に対してロクシンが挙げた批判を検討すると、まず、合義務的な要請の範疇にある救助行為と義務をこえた無謀行為との区別ができないという批判についてである。これは、行為者の主観面から考察することになると、困難な問題を引き起こすことになるが、消防や警察等の内部規定などから、どのような行為が義務に合致しているのかを検討し、その規定から法的要請があるか否かを検討することで、区別は可能であると考え。次に、第二の批判、消防などの職業に従事することで、危険を計算に入れていているという批判である。確かに、消防士や警察官は、一定の危険を伴う職業ではあるが、その職業に従事することから、職業の危険を受け入れ、法的な保護が要請されないというのは、過酷ではないだろうか。第三の批判、ドイツ刑法第三〇六条cについては、確かに過失犯の場合に無制限に帰属を肯定するとなると、過失犯に関して正犯の成立する範囲が広くなる懸念が存在する

だろう。統一的正犯概念を支持するのであれば、この結論も正当化されるだろうが、統一的正犯概念を採らない場合には、何らかの制限の試みがなされるべきであると考ええる。客観的帰属論により、適切な範囲に限定することとも可能なのではないだろうか。最後に、救助者に発生した侵害結果を、第一惹起者に帰属することになると、第一惹起者が救助を要請しなくなるという刑事政策的理由づけは、本末転倒であるように思われる。救助を要請させるために、結果を帰属しないというのは、刑法理論として成り立ち得るものであるのか、疑義なしとしない。

それゆえ、第一惹起者が創出させた危険の範疇で、救助者に侵害結果が発生した場合には、結果は第一惹起者に帰属されると解するべきである。この問題は、客観的帰属の問題として、客観的帰属論により解決が図られる問題であるように思われる。そして、自己危殆化の場合のように、帰属を否定する場合が存在するか、存在するとしたら、如何なる基準で帰属が否定されるべきかについて、明確な基準が求められることになろう。その際、これまでのドイツにおける判例が使用してきたような、「救助を試みる相当な理由」が存在するかという観点では、十分な区別はできないのではないだろうか。なぜなら、「救助を試みる相当な理由」というのは、近親者の場合には、ほとんど全ての事例で肯定されうるだろうし、消防士のような法的義務づけのある救助者についても、火災の際に燃えている住居から危険を冒してでも人を救出するという場合が多いと思われ、「相当な理由」という茫漠とした基準では、十分な区別をすることが不可能であると解されるためである。

したがって、あらゆる人物は、自身の態度に対してのみ答責的であるにすぎないのであり、自由に答責的に行為する他人の態度に対してではないという答責原理が、帰属するための基準として積極的に評価されるものと考ええる。⁽³⁶⁾ この答責原理により帰属可能か否かを判断する場合、どのような行為が答責的なものといえるかが問題と

なるだろう。わたくしは、介入する人物の故意行為や重大な過失行為は、答責的なものと評価できると考える。⁽³⁷⁾
 この自己答責性原理は、客観的帰属論において重要な構成要素となる。自己答責的に、操縦可能に、結果において現実化する危険を創設し、増加させた者に対して、発生した結果が「そのしわざ」として帰属されるというオートーの立場を支持しているため、⁽³⁸⁾上述のように理解された答責原理と操縦可能性原理により、結果の帰属が判断されることになる。それゆえ、本事案では、呼吸保護隊を監視する消防士が時計を忘れるという重大な過失が介在しており、第一惹起者に、呼吸保護隊の死の結果は帰属されないと考える。

なお、複数の行為者の過失が競合した事例において、甲斐克則教授は、「各行為者の行為の危険性、ないしリスクが因果の流れの中でどの程度の強弱ないし太さを有しているかを十分に考慮すべき」であると主張され、因果関係を川の流れに例えた上で、「いずれが川の本流であるかを見定め、川の本流に支流が吸収されて合流してしまうのか」を判断し、「川の本流に支流が全面的に吸収されてしまえば、支流の因果関係はない」と述べられる。⁽³⁹⁾
 わたくしも甲斐教授の立場に賛成する。本決定も、全面的に吸収されてしまっているといえるかは、評価の余地があるが、呼吸保護隊を監視する消防士の過失の方があまりに重大であると考え、OLG Stuttgartの決定の結論を支持したい。

五. おわりに

OLG Stuttgartの決定は、過失の競合の事例の一種であると解される。日本の判例においては、過失犯の処罰を広く認めているため、本決定の事例についても、第一惹起者の結果に対する帰属を肯定すると予想される。し

かし、本決定のように、消防隊側に重大な過失が介在した場合であっても、過失犯の処罰を広く認め、第一惹起者へ結果を帰属するべきであるかどうかについては、若干疑問が残る。客観的帰属の問題、あるいは近年注目されている過失の競合の問題として結果の帰属を否定する理論が模索されるべきであるように思われる。

二〇一三年九月一〇日

注

- (1) I. Puppe, Anmerkung, NSIZ, 2009, S. 333.
- (2) K. Beckemper, Unvernunft als Zurechnungskriterium in den Retterfällen : Festschrift für C. Roxin, 2011, S. 400ff.
- (3) K. Beckemper, a. a. O., S. 401.
- (4) K. Beckemper, a. a. O., S. 402.
- (5) H. J. Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, Jus, 1969, S. 557; ders., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5 und 6 neubearbeitete Aufl., 1993, Rdn. 80ff.
- (6) G. Duttge, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 15, Rdn. 155; W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 472ff.; ders., Strafrechtssystem und Rechtsfindung. Zur Bedeutung systematischer Einsichten für die Beantwortung von Sachfragen – am Beispiel der Zurechnung bei der Beantwortung von Sachfragen – am Beispiel der » Zurechnung bei Retterumfall « Festschrift für Nishihara Haruo, 1998, S. 66, 80f.; A. Hoyer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1996, S. 40f.; G. Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 89(1977), S. 15ff.; H. H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 28IV 4; R. Maurach/ K. H. Gössel/ H. Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., § 43/73; A. Schönke/H. Schröder/P. Cramer/D. Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 15, Rdn. 168; H. Schröder, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1992, § 16,

- Rdn. 82; J. Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem, 1981, S. 344.
- (7) H. H. Jescheck / T. Weigend, a. a. O., § 28 IV 4.
- (8) P. Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt und Verhalten des Verletzten, 1970, S. 151.
- (9) W. Meindl, Besprechung des Urteils des BGH v. 08. 09. 1993 (BGHSt 39, 322), JA, 1994, S. 103.
- (10) C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, S. 418, Rdn. 139.
- (11) C. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht : Festschrift für R. Honig, 1970, S. 142.; ders, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikt : Festschrift für W. Gallas, 1973, S. 247f.
- (12) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 11), S. 247ff.
- (13) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 11), S. 247.; ders, a. a. O. (Fn. 10), S. 406, Rdn. 115.
- (14) K. Günther, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 08. 09. 1993 (BGHSt 39, 322), StV, 1995, S. 80.; W. Mitsch, Grundfälle zu den Tötungsdelikten, JuS, 1995, S. 889.
- (15) C. F. Stuckenberg, „Risikoabnahme“-Zur Begrenzung der Zurechnung in Retterfällen : Festschrift für C. Roxin, 2011, S. 423.
- (16) C. Roxin, Der Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strafrecht : Festschrift für I. Puppe, 2011, S. 911.
- (17) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 10), S. 418, Rdn. 138.; ders, a. a. O. (Fn. 16), S. 914.
- (18) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 16), S. 913.
- (19) 本稿の註文は、このように。Vgl. C. Roxin, a. a. O. (Fn. 16), S. 914.
- (20) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 16), S. 915.
- (21) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 16), S. 928.
- (22) B. Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, S. 722.
- (23) M. Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 195.
- (24) K. Beckemper, a. a. O., S. 407.

- (25) K. Beckemper, a. a. O., S. 408.
- (26) K. Beckemper, a. a. O., S. 409.
- (27) I. Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, S. 78, Rdn. 18.
- (28) I. Puppe, a. a. O., S. 78, Rdn. 19.
- (29) F. Strasser, Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, 2008, S. 233.
- (30) F. Strasser, a. a. O., S. 235.
- (31) F. Strasser, a. a. O., S. 245.
- (32) F. Strasser, a. a. O., S. 420.
- (33) F. Strasser, a. a. O., S. 421.
- (34) F. Strasser, a. a. O., S. 423.
- (35) F. Strasser, a. a. O., S. 424.
- (36) H. Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, S. 64, Rdn. 49.
- (37) M. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis im Verkehrssachen, 1974, S. 117ff.
- (38) オシメーの見解について Vgl. H. Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, S. 64ff., Rdn. 45ff.
- (39) 甲斐克則「過失犯と因果関係」 Law & Practice 五号 (二〇一一年) 一五四頁。